

URKUNDENVORLAGE AUS RECHTSVERGLEICHENDER SICHT

ISTVÁN VARGA

Lehrstuhl für Zivilprozessrecht
Telefonnummer.: (36-1) 411-6522
E-mail: vargai@ajk.elte.hu

Beide hier einem Vergleich unterzogenen Rechtsordnungen befinden sich zurzeit in dem Stadium der Erfahrungssammlung nach einer Reform des Urkundenbeweises in ihren nationalen Prozessrechtsgesetzen. Eins steht aber – auch im Lichte einer allgemeinen Untersuchung bezüglich der prozessualen Aufklärungspflichten – fest: Diese Reformen brachten hinsichtlich des Urkundenbeweises eher eine Annäherung, als eine weitere Entfernung der beiden Rechtssysteme. Es ist sicherlich so, dass der heutige Rechtszustand in beiden Ländern weit mehr angenähert ist, als dies etwa vor 20 Jahren, mitten im voll entbrannten Justizkonflikt der Fall war. Im Folgenden sollen die wichtigsten Eigenarten der beiden Rechtsordnungen kurz aufgezeigt werden.

I. Urkundenbeweis im kontinentalen Zivilprozess am Beispiel des deutschen Rechts

Wie sich aus einer vergleichenden Betrachtung der prozessualen Aufklärungspflicht ergibt, wird auf dem Gebiet des Urkundenbeweises die Suche nach vergleichbaren bzw. vereinbaren Gestaltungen dadurch erleichtert, dass die traditionell¹ materiell-rechtliche Ausgestaltung der deutschen Editionsspflicht² – zum Teil contra legem – nicht mehr deutscher Gerichtspraxis entspricht³, und somit selbst das deutsche Recht sich einer großzügigeren Lösung annähert, wie eine solche insbesondere von *Stürner* bereits vor Jahrzehnten empfohlen⁴ und in der jüngeren Vergangenheit immer wieder gefordert wurde.⁵ Das Ziel, dass die nicht beweisbelastete Partei in interessengerechten Situationen auch dann zur Urkundenvorlage angehalten werden kann, wenn sie hierzu durch keinen be-

¹ Vgl. rechtshistorisch zum deutschen Recht: *Siegel*, Die Vorlegung von Urkunden im Prozess.
² § 422 ZPO i.V.m. z.B. §§ 666, 809, 810, 952, 2130 BGB, §§ 87c, 118, 166, 233 HGB, §§ 129 IV, 175 II AktG.

³ So *Stürner*, JZ 1981, 523.

⁴ *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976; *ders.*, ZZP 98 (1985), 237 ff.

⁵ Vgl. z.B. *Gottwald*, Gutachten, S. A 19 f.

stehenden materiellrechtlichen Anspruch verpflichtet ist, hat die Rechtsprechung jedoch immer auf Umwegen verfolgen müssen.⁶

Die Tendenz zur Erleichterung der Informationsbeschaffung mittels Urkundenvorlage scheint mit der jüngsten ZPO-Novelle vom Jahre 2001, insbesondere durch die Neufassung des § 142 ZPO⁷ zumindest erstarkt zu sein, auch wenn hierdurch immer noch keine allgemeine prozessuale Urkundeneditionsspflicht statuiert worden ist.⁸ Die Neuerungen, die die Novelle mit sich gebracht hat, unterscheiden sich je nachdem, ob die Vorlage von einer Prozesspartei oder von am Prozess unbeteiligten Dritten verlangt wird. Demgemäß soll der folgende kurze Überblick in zwei Abschnitte aufgeteilt werden.

1. Vorlage durch die Prozessparteien

Was den Beweisantritt zwecks Vorlage durch die andere Partei angeht, hat die Novelle praktisch nichts Neues gebracht. Es bleibt auf Gesetzesebene beim auch noch durch die neuere Rechtsprechung manchmal vertretenen⁹ Grundsatz, dass keine Partei der anderen das für deren Prozesssieg erforderliche Material liefern solle. Somit kann der Beweisantritt auch weiterhin nur dann erfolgreich sein, wenn gemäß § 422 ZPO eine materiellrechtliche Herausgabeverpflichtung hinsichtlich des geforderten Dokuments besteht oder gemäß § 423 ZPO der Gegner auf eine in seinem Besitz befindliche Urkunde selbst Bezug genommen hat, wobei diese letztgenannte Möglichkeit bei relevanten und ihm ungünstigen Urkunden eher unwahrscheinlich ist.

Diese restriktive Rechtslage könnte nun allerdings durch den neugefassten § 142 ZPO abgemildert worden sein, dessen Abs. I Satz 1 folgende neue Bestimmung enthält:

„Das Gericht kann anordnen, dass eine Partei oder ein Dritter die in ihrem oder seinem Besitz befindlichen Urkunden und sonstigen Unterlagen, auf die sich *eine* Partei bezogen hat, vorlegt.“¹⁰

Die Vorschrift befindet sich nicht in dem das Beweisrecht regelnden 5. Titel des Zweiten Buches der ZPO, sondern unter den Vorschriften, die die materielle Prozessleitung des Gerichts regeln. Zwar kann es sich hierbei demgemäß

⁶ Vgl. die obigen Ausführungen zur sekundären Darlegungslast, zur Beweiswürdigung usw., sowie die typischen Beispiele BGH NJW 1987 1201, BGH NJW 1997, 2748. Für einen Überblick über das frühere Recht vgl. *Schilken*, Jura 1988, 525 ff.

⁷ Dagegen steht dem Dritten die sofortige Beschwerde zu, vgl. § 569 III Nr. 3 ZPO.

⁸ Gerade das kritisiert ein beträchtlicher Teil der Literatur. Vgl. nur *Musielak/Stadler*, § 142 Rn. 7; *Katzenmeier*, JZ 2002, 533, 538; *Zekoll/Bolt*, NJW 2002, 3129 ff; *Stadler*, FS Beys, S. 1625, 1645. Anders *MünchKomm/Peters*, § 142 Rn. 3.

⁹ Vgl. BGH NJW 1990, 3151.

¹⁰ Hervorhebung von mir.

um keinen Beweisantritt durch die Partei im Sinne von § 422 f. ZPO handeln¹¹, jedoch ist diese nicht daran gehindert, beim Gericht eine entsprechende Anordnung anzuregen, wodurch ja das gleiche Ziel erreicht werden kann. Entgegen dem bisherigen Wortlaut der Vorschrift braucht die Bezugnahme nicht mehr von der Partei auszugehen, gegen die die Vorlageanordnung ergehen soll. Auch die Bezugnahme seitens der Partei, die die Vorlage begehrt, reicht für die Anordnung aus. Auf die Verteilung der Behauptungs- bzw. Beweislast kommt es für § 142 ZPO ebenfalls nicht an, deshalb kann nunmehr auch die nicht beweisbelastete Partei zur Vorlage angehalten werden.¹² Untermuert wird dies weiterhin noch durch den neuen § 273 II Nr. 5 ZPO:

„Zur Vorbereitung jedes Termins kann der Vorsitzende oder ein von ihm bestimmtes Mitglied des Prozessgerichts insbesondere ... Anordnungen nach §§ 142, 144 treffen.“

Die Vorschrift lässt es ausreichen, dass das Gericht aus ihm vorliegenden Unterlagen (z.B. aus der den Schriftsätzen beigefügten vorprozessualen Korrespondenz der Parteien) Kenntnis von Dokumenten hat, die ihm als relevant erscheinen.¹³ Wegen des allgemeinen Verweises auf § 142 ZPO kommt es auch im Stadium der Prozessvorbereitung weder darauf, welche Partei beweisbelastet ist (was ja übrigens in diesem Stadium auch durchaus noch unsicher sein kann) noch darauf an, welche sich auf die Urkunde bezogen hat.

Dieses weit auszulegende Bezugnahmeerfordernis findet seine Grenze allerdings darin, dass die betreffende Urkunde in einem substantiierten Vorbringen konkret bezeichnet sein muss. Zu einem Ausforschungsbeweis dürfen auch die neuen Vorschriften der ZPO nicht führen.¹⁴

Fraglich ist immerhin das Verhältnis des § 142 zu §§ 422 ff ZPO. Entgegen dem die Vorlegungspflicht Dritter regelnden § 429 S. 2. ZPO erhielten nämlich §§ 422 ff. ZPO nicht den Zusatz „§ 142 bleibt unberührt.“ Hieraus könnte man die Folgerung ziehen, dass die speziellen Beweisvorschriften in §§ 422 ff. ZPO weiterhin § 142 ZPO überlagern und das Erfordernis des Bestehens eines materiellrechtlichen Anspruchs bei der Anwendung von § 142 ZPO unverändert zugrunde gelegt werden müsste.¹⁵ Eine solche Interpretation würde jedoch

¹¹ Ebenso Gruber/Kießling, ZZP 116 (2003), 305 ff, die in § 142 mit guten Gründen eine Konkretisierung des § 139 ZPO sehen.

¹² So MünchKomm/Peters, § 142 Rn. 3. (Durch die Neufassung des § 142 ZPO sei die Lehre von der allgemeinen prozessualen Mitwirkungspflicht gestärkt.)

¹³ So Zekoll/Bolt, NJW 2002, 3129, 3130.

¹⁴ Vgl. hier nur MünchKomm/Pritting, § 273 Rn. 4, und sogleich unten.

¹⁵ So noch zum früheren Recht MünchKomm(Erste Auflage)/Peters, §§ 142-144 Rn. 10, freilich bereits dann mit der Bemerkung, die Annahme einer allgemeinen prozessualen Mitwirkungspflicht (arg. §§ 138, 282, 372a, 423, 445 mit Stürner) böte den anderen Lösungsweg.

nicht dem Umstand Rechnung tragen, dass es sich bei § 142 ZPO nicht um eine Beweisantrittsvorschrift, sondern um eine vom Verhalten der Partei womöglich unabhängige Ermessensentscheidung des Prozessgerichts handelt.¹⁶ Ferner erschiene es als unsinnig, Dritte weitergehenden prozessual begründeten Pflichten zu unterwerfen als die Parteien selbst, indem man nur bei Dritten von dem Erfordernis des Bestehens des materiellrechtlichen Anspruchs absähe.¹⁷

Somit ist ein Mittel geschaffen worden, das der sich in Beweisnot befindenden Partei das Herausverlangen von Urkunden von seinem Gegner auch dann ermöglicht, wenn sie ihm gegenüber keinen materiellrechtlichen Herausgabeanspruch hat.¹⁸

Zwar ist die Tendenz der ZPO-Novelle zur Erweiterung der Informationspflichten eindeutig, jedoch darf dies nicht als eine Annäherung an ein discovery-ähnliches Verfahren US-amerikanischer Prägung gewertet werden.¹⁹ Insbesondere werden Ausforschung und Behauptungen ins Blaue hinein als Grundlage einer Vorlageanordnung auch weiterhin nicht gebilligt.²⁰ An den zum Ausforschungsbeweis von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Grundsätzen wird sich wohl auch durch die neue Rechtslage nichts ändern.²¹ Dies ausdrücklich zu betonen hat bezeichnenderweise auch der Rechtsausschuss für nötig erachtet und er hat in seinem Bericht zur Novelle sogar eine Abgrenzung der Verfahrensweisen nach der ZPO und den F.R.C.P. vorgenommen.²² Befürchtungen, nach denen es auf dem Gebiet des Urkundenbewei-

¹⁶ So *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, § 142 Rn. 5; *Musielak/Stadler*, § 142 Rn. 1. (Trotzdem noch immer – bereits nach der Novelle – auf dem Standpunkt, dass §§ 421 ff. ZPO – wegen des Grundsatzes *lex specialis derogat legi generali* – Vorrang hätten, also unter Außerachtlassung des Umstandes, dass es sich bei § 142 ZPO nicht um Beweisantritt handelt: *Triebel/Zons*, IDR 2002, 26, 28, die insoweit *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, § 142 Rn. 1 verallgemeinernd und daher missverständlich zitieren).

¹⁷ Ebenso *MünchKomm/Peters*, § 142 Rn. 3.

¹⁸ In Wirtschaftsstreitigkeiten können ferner die Vorschriften der §§ 102, 258 ff. HGB Bedeutung erlangen, die trotz ihres Standorts im materiellen Recht prozessuale Vorlagepflichten hinsichtlich Handelsbücher statuieren und damit § 142 ZPO ergänzen. Vgl. so *Musielak/Stadler*, § 142 Rn. 1.

¹⁹ Vgl. die Materialien zur ZPO-Novelle: BT-Drucks. 14/4722 S. 90, 121, und dazu *Gehrlein*, Zivilprozessrecht nach der ZPO-Reform 2002, §10 Rn. 32; Ebenso *MünchKomm/Prütting*, § 273 Rn. 4. (Sämtliche Materialien zum Teil auszugsweise auch bei *Rimmelspacher*, Zivilprozessreform 2002; Kommentiert mit neuerer Rspr.: *Hannich/Meyer-Seitz*, ZPO-Reform 2002).

²⁰ Vgl. *Greger*, NJW 2002, 3049, 3050.

²¹ Vgl. aus der neueren Rspr. z.B. BGH NJW 2000, 3488, 3490: „Voraussetzung einer nach § 142 I ZPO vorzunehmenden Beweiserhebung von Amts wegen ist, dass sie Grundlage im streitigen Parteivortrag findet und nicht in die Ausforschung eines weiter gehenden, also anderen Sachverhalts ausuft (vgl. *Zöller/Greger*, ZPO, 21. Aufl., § 142 Rdnr. 1 m.w. Nachw.).“

²² BT-Drucks. 14/6036, zu den Nummern 21 und 22 (§§ 142, 144 n.F. ZPO).

ses zu „amerikanischen Verhältnissen in Deutschland“²³ kommen könnte, sind damit unbegründet.²⁴

2. Vorlage durch Dritte

Eine sich von der deutschen Tradition eindeutig lösende Neuerung bringt die Neufassung des § 142 ZPO hinsichtlich der Vorlagepflicht Dritter. Entgegen den bisher geltenden sehr engen Möglichkeiten ihrer Einbeziehung in das Beweisverfahren, schafft die neue Vorschrift nun eine allgemeine prozessuale Mitwirkungspflicht Dritter.²⁵ Nach der früheren Rechtslage konnte ein am Prozess Unbeteiligter nur unter den Voraussetzungen der §§ 428, 429 ZPO a.F., d.h. bei Bestehen eines materiellrechtlichen Anspruchs und in einer gesonderten Klage zur Dokumentenvorlage gezwungen werden. Die bisherige Möglichkeit der besonderen actio ad exhibendum gegen den Dritten bleibt zwar nach dem Wortlaut des § 429 S. 1 ZPO erhalten. Durch Satz 2 derselben Vorschrift²⁶ wird diese Variante der Beweismittelbeschaffung jedoch praktisch zur Bedeutungslosigkeit verurteilt. Die Einfügung „§ 142 bleibt unberührt“ macht nämlich – wie oben bei der Behandlung der Parteivorlage gezeigt worden ist – sowohl den materiellen Anspruch als auch die besondere Klageerhebung überflüssig.²⁷

Nach der Neufassung des § 142 ZPO ist nunmehr der Dritte effektiv den Parteien gleichgestellt und muss unter den gleichen Voraussetzungen einer Vorlageanordnung des Gerichts nachkommen.²⁸ Den Parteien bleibt der beschwerliche Weg der besonderen Klageerhebung und der damit möglicherweise einher-

²³ So der Untertitel von *Zekoll/Bolt*, NJW 2002, 3129 ff. Vgl. auch *Lüpke/Müller*, NZI 2002, 588 ff. Ob sich die apokalyptischen Vorhersagen bezüglich discovery-Parallelen und „Lastwagenladungen von Unterlagen“, die deutsche Gerichte inspizieren möchten, auf manchen speziellen Rechtsgebieten bewahrheiten werden, bleibt abzuwarten. Vgl. *FAZ vom 24. Juli 2002* (Beitrag von *Ina Brock* auf Seite 17) im Zusammenhang mit § 84a Arzneimittelgesetz (wonach pharmazeutische Unternehmen in Schadensersatzprozessen im Wege des § 142 ZPO zu sehr weitgehenden Auskünften verpflichtet werden können).

²⁴ Ebenso *Gruber/Kießling*, ZZP 116 (2003), 305 ff. Die neben dem Ausforschungsverbot bestehenden anderen Grenzen der Vorlegungspflicht werden sogleich unten zusammen mit den Weigerungsrechten Dritter abgehandelt.

²⁵ So *MünchKomm/Peters*, § 142 Rn. 3 f.

²⁶ Und grundsätzlich wegen § 428 Fall 2 ZPO.

²⁷ Wohl auch so *MünchKomm/Schreiber*, § 429 Rn. 2. (Voraussetzungen und Grenzen der Vorlegungspflicht bestimmten sich „auch im Übrigen“ nach § 142.) Nach der – allerdings nicht näher begründeten – Gegenmeinung bestehe zwischen der Anordnung nach § 142 und der Vorlagepflicht nach § 429 ZPO nur ein technischer Unterschied und die Vorlagepflicht Dritter setze unverändert auch in den Fällen des § 142 ZPO einen materiellrechtlichen Anspruch voraus. Vgl. *Zöller/Geimer*, § 429 Rn. 1.

²⁸ So bereits der Vorschlag von *Stürner*, JZ 1981, 521, 524. Die Weigerungsrechte Dritter sind aber naturgemäß erweitert. Dazu gleich unten.

gehenden Aussetzung des Ausgangsverfahrens erspart. Andererseits unterliegt auch die Urkundenvorlage durch Dritte der Begrenzung durch das Verbot der Ausforschung und des unsubstantiierten Vorlegungsantrags.

3. Weigerungsrechte

Neben dem allgemeinen Ausforschungsverbot des deutschen Rechts ist noch ein anderer Aspekt zu erwähnen, der gerade in Abgrenzung zur US-amerikanischen discovery eine Ausuferung der Beweisaufnahme sowohl gegenüber Parteien als auch gegenüber Dritten verhindert. Es handelt sich dabei um den im deutschen Recht in weitaus größerem Maß vorhandenen Schutz der Beweispersonen durch die Zuerkennung von Weigerungsrechten. Dies ist – wie die Ergebnisse der Prozessrechtsvergleiche zeigen – auch auf den allgemeinen Umstand zurückzuführen, dass die Achtung der Privatsphäre in den kontinentalen Rechtsordnungen stärker als in dem US-amerikanischen Recht ausgeprägt ist.²⁹ Für die deutsche Rechtsordnung gilt, dass man sich während der schrittweisen Erweiterung der Aufklärungspflichten auch mit den eine Abmilderung der Tendenz zur Verallgemeinerung der prozessualen Mitwirkungspflichten bewirkenden Weigerungsrechten verstärkt befassen müssen.³⁰

Was die Weigerungsrechte der Parteien anbelangt, bedarf es mangels eines §§ 383 ff. ZPO vergleichbaren Katalogs immer einer Abwägung im Einzelfall, ob etwaige Geheimhaltungsinteressen der Partei gegenüber dem Justizgewährungsanspruch und im speziellen dem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz des Beweis antretenden Gegners überwiegen. §§ 383 ZPO kommen auch nach der Reform nicht für die Weigerungsrechte der Parteien in Betracht, weil § 142 II ihre Wirkung nur auf Dritte erstreckt.³¹ Nach der – seit langem umstrittenen – deutschrechtlichen Unterscheidung zwischen Zeugenaussage und Parteivernehmung wäre eine Anwendung von Zeugnisverweigerungsrechten auf Parteien auch begrifflich ausgeschlossen.³² Von Parteien wird jedenfalls mehr erwartet werden können als von Zeugen und Dritten.³³

Das in der Praxis wohl wichtigste abzuwägende Interesse knüpft sich an das Gewerbe- oder Unternehmensgeheimnis³⁴, das auch in der internationalen

²⁹ Vgl. nur Schlosser, ZJP 94 (1981), 398 ff.

³⁰ Vgl. Gerhard Wagner, ZEuP 2001, 441, 474.

³¹ Die andere Geltungserstreckung – nur auf Sachverständige – findet sich in § 408 ZPO.

³² So Musielak/Huber, § 383 Rn. 2.

³³ Diese allgemeine Überlegung beruht auf der Lehre vom Prozessrechtsverhältnis. Vgl. Lüke, ZJP 108 (1995), 427 ff.

³⁴ Vgl. nur MünchKommDamrau, § 384 Rn. 14: „... alle noch nicht allgemein bekannten technischen Arbeitsmittel und Methoden. ... auch alle wirtschaftlichen Tatsachen ..., wenn an diesen zur Zeit der Vernehmung ein erhebliches, unmittelbares Interesse an der Nichtoffenbarung besteht.“

Schiedsgerichtsbarkeit eine herausragende Rolle spielt. Das Problem der Offenbarung von solchen Geheimnisse enthaltenden Dokumenten im Prozess scheint auch im Lichte der neueren deutschen Rechtsprechung ungelöst bzw. von Gericht zu Gericht unterschiedlich gehandhabt zu werden. In fast jeder Konstellation kommt es zu Interessenkonflikten. Entweder verlangt der Gegner die Vorlage für seine Beweisführung oder aber bräuchte die beweisführende Partei selbst die in ihrem Besitz befindlichen Dokumente für ihre eigene erfolgreiche Beweisführung. Ihr Interesse an der Geheimhaltung wird in beiden Situationen unverändert sein. Hier sollte ein Lösungsweg gefunden werden, der es vermeiden lässt, dass der Partei nur die Wahl zwischen der Offenbarung von Betriebsgeheimnissen und dem Prozessverlust bleibt.³⁵ Die Anwendung des § 172 Nr. 2 GVG, wonach das Gericht für die Verhandlung die Öffentlichkeit ausschließen kann, wenn „ein wichtiges Geschäfts-, Betriebs-, Erfindungs- oder Steuergeheimnis zur Sprache kommt, durch dessen öffentliche Erörterung überwiegende schutzwürdige Interessen verletzt würden“, reicht hier sicherlich nicht aus. Der Ausschluss der Öffentlichkeit bewahrt nicht vor Kenntnisnahme durch den Gegner, worauf es aber in Wirtschaftsrechtsstreitigkeiten gerade ankommen würde. Ein effektiver Schutz der betreffenden Unterlagen ließe sich nur durch die Anerkennung der Möglichkeit des in der höchstrichterlichen Rechtsprechung divers beurteilten „Geheimverfahrens“ verwirklichen. Die Grundidee eines solchen Verfahrens ist, dass in die geheimzuhaltenden Unterlagen nur das Gericht bzw. erforderlichenfalls ein zur Verschwiegenheit verpflichteter Sachverständiger Einblick gewinnt und das Ergebnis in die Begründung der Gerichtsentscheidung so vage eingeht, dass die Gefahr der Geheimnisoffenbarung gebannt bleibt. Das BAG hält ein solches Verfahren grundsätzlich für zulässig³⁶, während der BGH es wegen der Verletzung des Gebots des rechtlichen Gehörs verwirft.³⁷ Wie gezeigt werden soll, hat die internationale Schiedsgerichtsbarkeit auf diesem Gebiet des Beweisrechts eine wohl etablierte Praxis, die unter Umständen auch künftigen Regelungen in den nationalen Rechtsordnungen als Vorbild dienen könnte.³⁸

Bei Dritten ist die Rechtslage wegen des Verweises in § 142 II ZPO auf §§ 383 ff. ZPO viel klarer. Danach kommen sämtliche persönlichen und sachlichen Zeugnisverweigerungsrechte auch den im Rahmen des § 142 ZPO zur Dokumentenvorlage verpflichteten Dritten zugute. So kommt auch der wichtige § 384 Nr. 3 ZPO über das Gewerbegeheimnis zur Anwendung. Der Dritte darf die Urkundenvorlage unter Hinweis auf sein unternehmerisches Geheimhaltungsinteresse verweigern.

³⁵ Vgl. zum Thema ausführlich *Stadler*, Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses, sowie *Kersting*, Der Schutz des Wirtschaftsgeheimnisses im Zivilprozess.

³⁶ BAG NJW 1993, 612. Vgl. *Prütting/Weth*, NJW 1993, 576 ff.

³⁷ BGHZ 116, 47, 58. Vgl. aber auch BGH NJW 2001, 233 und *Prütting/Weth*, NJW 1993, 576 ff.

³⁸ Dazu sogleich unten. Vgl. hier nur *StJ/Schlosser*, Anhang § 1061 Rn. 90.

Der Reformgesetzgeber hat sich aber nicht mit diesem Verweis begnügt, sondern darüber hinaus auch noch ein weiteres Kriterium, das der äußerst problematischen „Unzumutbarkeit“ zugunsten Dritter aufgestellt.³⁹ Aus dem Gesetzeswortlaut folgt eine Nebenordnung von Unzumutbarkeit und Zeugnisverweigerungsrechten. Diesbezüglich sind bereits mehrfach berechtigte Zweifel geäußert worden, da die Gefahr besteht, dass die an sich abschließende⁴⁰ Regelung der §§ 383 ff. ZPO womöglich über das Unzumutbarkeitskriterium des neuen § 142 II ZPO unterhöhlt werden könnte.⁴¹ Da auch die Begründung der Vorschrift ziemlich wortkarg ist⁴², lässt sich die Unzumutbarkeit nur von Fall zu Fall entscheiden, wobei etwa Fallkonstellationen, wie Übermengen von angeforderten Dokumenten oder die Gefahr eines beträchtlichen Schadens bei Verlust der Urkunde in Betracht kommen.⁴³ Für die Zwecke des späteren Vergleichs mit dem amerikanischen Recht bleibt festzuhalten, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass es über die von den Zeugnisverweigerungsrechten gedeckten Interessen hinaus noch andere solche gibt, die zur berechtigten Verweigerung der Urkundenvorlage führen können.⁴⁴

Das im US-amerikanischen Zivilprozess so zentrale Weigerungsrecht des Anwalts bezüglich seiner Kommunikation mit dem Mandanten und seiner eigenen Prozessvorbereitung⁴⁵ spielt in Deutschland mangels eines entsprechenden Auskunftsanspruchs eine weit geringere Rolle.⁴⁶ Wie jedoch später bei der Behandlung der Weigerungsrechte im internationalen Schiedsverfahren gezeigt werden soll, gewinnt seine Kenntnis in rechtskreisübergreifenden Schiedsverfahren gerade auch für europäische Parteien große Bedeutung, da dort unter Umständen auch der jeweiligen Partei fremde Weigerungsrechte in Anspruch genommen werden können.

³⁹ Nach dem vollständigen Wortlaut des § 142 II ZPO n.F.: „Dritte sind zur Vorlegung nicht verpflichtet, soweit ihnen diese *nicht zumutbar* ist *oder* sie zur Zeugnisverweigerung gemäß den §§ 383 bis 385 berechtigt sind. Die §§ 386 bis 390 gelten entsprechend.“ (Hervorhebung von mir).

⁴⁰ Vgl. nur Zöllner/Greger, § 383 Rn. 3; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, Einf. §§ 383-389 Rn. 1; Musielak/Stadler, § 383 Rn. 1.

⁴¹ So z.B. Zekoll/Bolt, NJW 2002, 3129, 3132.

⁴² BT-Drucks14/4722, S. 79: „... Vorlegungspflicht für Dritte, soweit ihnen eine Vorlegung unter Berücksichtigung ihrer berechtigten Interessen zumutbar ist ...“

⁴³ Vgl. für weitere mögliche Fälle der Unzumutbarkeit Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 142 Rn. 4.

⁴⁴ So Hannich/Meyer-Seitz, § 142 Rn. 11.

⁴⁵ Vgl. dazu sogleich unten.

⁴⁶ Ob die Praxis etwa ansatzweise entsprechende Vorlegungspflichten des Anwalts als Dritten im Rahmen des § 142 ZPO entwickeln wird, bleibt abzuwarten. Jedenfalls werden solchen möglichen Vorlegeanordnungen durch § 383 I 6 ZPO, § 43a II BRAO und § 203 I Nr. 3 StGB sehr enge Grenzen gesetzt.

Entgegen den Parteien, die bei unbegründeter Verweigerung „nur“ mit innerprozessualen Sanktionen (Präklusion⁴⁷, ungünstige Beweiswürdigung⁴⁸, Zugrundelegung der Grundsätze der Beweisvereitelung⁴⁹) belegt werden können, können über Dritte gemäß dem Verweis in § 142 II 2 ZPO die gleichen Zwangsmittel wie über Zeugen (Ordnungsgeld und Haft⁵⁰) verhängt werden.

Damit hat das deutsche Recht insgesamt einen entscheidenden Schritt zur Einbindung von Dritten als Beweispersonen in den Zivilprozess getan, gleichzeitig aber – durch Beibehaltung des Ausforschungsverbots und der um die Unzumutbarkeit „ausgedehnte“ Zeugnisverweigerungsrechte – an dem weitgehenden Schutz der Privat- und Geschäftssphäre festgehalten.

II. Urkundenbeweis im common law process am Beispiel des US-amerikanischen Rechts

Die umfassende discovery-Reform des Jahres 1993 brachte für alle Methoden der Tatsachenermittlung einschließlich der Urkundenvorlage in zweierlei Hinsicht bedeutende Neuerungen. Zum einen ist die initial disclosure geschaffen worden, d.h. die Pflicht, am Verfahrensbeginn dem Prozessgegner unaufgefordert relevantes Tatsachenmaterial zur Verfügung zu stellen oder zumindest erstmal dessen Existenz – zum Beispiel in Form einer Liste – offenzulegen und dessen Inhalt zu beschreiben. Zum anderen sind die ursprünglichen discovery-Methoden der F.R.C.P. – vor allem durch zahlenmäßige Beschränkungen – erheblich beschnitten worden. Ihre gegenüber der initial disclosure nunmehr zweitrangige Bedeutung soll bereits durch ihre neue Bezeichnung in Rule 25(a) 5 F.R.C.P.: „Methods to Discover *Additional* Matter“⁵¹ zum Ausdruck kommen.

1. Vorlage durch die Prozessparteien

Der Einführung der unaufgeforderten Beweismittelpräsentierung, die übrigens keine neue Erfindung des amerikanischen Normgebers ist⁵², wurde sowohl in den Vereinigten Staaten als auch in Deutschland viel Missfallen und Skepsis entgegengebracht. Dort war bereits der hinsichtlich der F.R.C.P. als Gesetzge-

⁴⁷ § 296 I ZPO.

⁴⁸ § 286 I ZPO.

⁴⁹ §§ 427, 444 ZPO.

⁵⁰ § 390 ZPO.

⁵¹ Hierunter fallen: depositions upon oral examination or written questions, written interrogatories, production of documents or things, permission to enter upon land or other property for inspection, physical and mental examination, request for admission. (Hervorhebung von mir).

⁵² Sie geht auf lange etablierte kanadische und englische Vorbilder zurück. Vgl. *Advisory Committee's Notes*, 462: „Courts in Canada and the United Kingdom have for many years required disclosure of certain information without awaiting a request from an adversary.“

bungsorgan fungierende Supreme Court selbst völlig gespalten bei der Beurteilung der nunmehr erfolgten teilweisen Abkehr vom *adversary process*⁵³, hier fielen die ersten Äußerungen im Schrifttum von ungläubig bis sarkastisch aus. Nach einer Einschätzung – unter Anspielung auf die *fishing expeditions* – bedeuteten die neuen disclosure-Regeln, dass die Parteien verpflichtet seien, „der anderen Seite die relevanten Beweismittel unaufgefordert zu liefern. Mit anderen Worten: Eine Partei muss nicht nur den Gegner in ihren Gewässern fischen lassen, sondern ihm sogar selbst und von sich aus die Fische bringen.“⁵⁴ Eine der deutschen Autoritäten auf dem Gebiet des amerikanischen Prozessrechts sah sich in bezug auf US-Anwälte zu folgender Formulierung veranlasst: „Aus dem ‚King of the Torts‘ ... soll nach den Vorstellungen der Reformer ein handzahmes Kätzchen werden, das begierig darauf ist, der anderen Partei – in grauer Vorzeit einmal ‚Prozessgegner‘ genannt – mit allen benötigten Informationen zu Diensten zu sein und sie stets auf dem laufenden zu halten. Die neue Spitzweg-Idylle der *discovery* steht nicht unverbunden neben den politischen Strömungen, welche die Vereinigten Staaten von Amerika seit einer Dekade heimsuchen: Mit der *political correctness* geht die neue *discovery correctness* Hand in Hand.“⁵⁵

Die Grundvorstellung der Reformer war, die Tatsachenermittlung dadurch effizienter zu machen, dass die Parteien während der *discovery* zu einer verstärkten Kooperation sowohl miteinander als auch mit dem Gericht angehalten werden und gleichzeitig ihre Möglichkeiten, den Gegner mit ausufernden Ausforschungsbegehren zu bedrängen eingeschränkt werden.⁵⁶ Letzteres Ziel kann auch durch frühe Beteiligung des Gerichts sicher besser verwirklicht werden. Dies widerspricht aber der amerikanischen Tradition, die die Beweisermittlung praktisch ausschließlich im Parteibetrieb ablaufen ließ. Was schon an diesem allgemeinen Anliegen der Reformer nicht verkannt werden kann, ist eine grundsätzliche Annäherung an kontinentaleuropäische Rechtsvorstellungen. Die Annäherung offenbart sich beim Urkundenbeweis vor allem im neu definierten Verhältnis der inhaltlichen Schriftsaterfordernisse zur Urkundenvorlage und – zumindest nach dem Willen der Reformer – in der Zurückdrängung bisher typischer unspezifizierter Vorlagebegehren. Hierauf soll nun kurz eingegangen werden.

⁵³ Vgl. die *dissenting opinion* (to the transmittal to Congress of the proposed new discovery rules) von Justice *Scalia*, der sich Justices *Thomas* und *Souter* angeschlossen haben: „Requiring a lawyer to make a judgment as to what information is relevant to the disputed facts plainly requires him to use his professional skills in the service of the adversary.“ 113 S.Ct. 585 (1993) Selbst der Supreme Court war also uneinig und selbst Chief Justice *Rehnquist* machte bei der Übermittlung die Bemerkung: „... this transmittal does not necessarily indicate that the Court itself would have proposed these amendments ...“ 113 S.Ct. 477 (1993).

⁵⁴ *Reimann*, IPRax 1994, 152.

⁵⁵ *Junker*, ZZPInt 1 (1996), 235, 236. Vgl. auch *Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, im Vorwort: „...haarsträubend...“.

⁵⁶ Vgl. *Advisory Committee's Notes*, 461. Vgl. auch z.B. *Kane*, Civil Procedure, §3-22.

2. Die automatische anfängliche Vorlagepflicht

Die Einführung der anfänglichen Offenlegungspflicht gemäß Rule 26(a) 1 F.R.C.P.⁵⁷ bringt eine weitgehende Vereinfachung des Ablaufs der Urkundenvorlage mit sich. Nach der früheren Rechtslage mussten sich die Parteien speziell für diesen Zweck errichteter Fragebögen (*interrogatories*) bedienen, um von der Gegenseite erstmal herauszufinden, welche Dokumente sie in ihrem Besitz hat, die für den Rechtsstreit Bedeutung erlangen könnten. Erst nachdem die *interrogatories* beantwortet worden waren, konnte die Partei ihren Vorlageantrag formulieren und an die andere Partei übermitteln. Nunmehr ist dieser Schritt überflüssig geworden⁵⁸, da nach der neuen Rule 26(a) 1 (B) F.R.C.P. die Parteien spätestens zehn Tage nach ihrer ersten Zusammenkunft zur Planung der *discovery*⁵⁹ ohne Aufforderung einander Kopien oder Auflistungen solcher Urkunden liefern sollen, die in den Schriftsätzen spezifiziert worden sind. Dabei genügt die Auflistung und die Standortbestimmung der jeweiligen Doku-

⁵⁷ Rule 26(a) 1(B) F.R.C.P.: “Except in categories of proceedings specified in Rule 26(a)(1)(E), or to the extent otherwise stipulated or directed by order, a party must, without awaiting a discovery request, provide to other parties: ... (B) a copy of, or a description by category and location of, all documents, data compilations, and tangible things that are in the possession, custody, or control of the party and that the disclosing party may use to support its claims or defenses, unless solely for impeachment.”

⁵⁸ Folgerichtig sprechen die *Advisory Committee's Notes*, 462 von „... the functional equivalent of court-ordered interrogatories.“

⁵⁹ Rule 26(f) F.R.C.P.: Except in categories of proceedings exempted from initial disclosure under Rule 26(a)(1)(E) or when otherwise ordered, the parties must, as soon as practicable and in any event at least 21 days before a scheduling conference is held or a scheduling order is due under Rule 16(b), confer to consider the nature and basis of their claims and defenses and the possibilities for a prompt settlement or resolution of the case, *to make or arrange for the disclosures required by Rule 26(a)(1), and to develop a proposed discovery plan ... (2) the subjects on which discovery may be needed, when discovery should be completed, and whether discovery should be conducted in phases or be limited to or focused upon particular issues*; (3) what changes should be made in the limitations on discovery imposed under these rules or by local rule, and what other limitations should be imposed; and (4) any other orders that should be entered by the court under Rule 26(c) or under Rule 16(b) and (c). The attorneys of record and all unrepresented parties that have appeared in the case are jointly responsible for arranging the conference, *for attempting in good faith to agree on the proposed discovery plan, and for submitting to the court within 14 days after the conference a written report outlining the plan*. A court may order that the parties or attorneys attend the conference in person. If necessary to comply with its expedited schedule for Rule 16(b) conferences, a court may by local rule (i) require that the conference between the parties occur fewer than 21 days before the scheduling conference is held or a scheduling order is due under Rule 16(b), and (ii) require that the written report outlining the discovery plan be filed fewer than 14 days after the conference between the parties, or excuse the parties from submitting a written report and permit them to report orally on their discovery plan at the Rule 16(b) conference. (Hervorhebung von mir).

mente, ihre sofortige Vorlage ist nicht erforderlich.⁶⁰ Worauf es ankommt, ist im Prinzip nur, den Gegner in die Lage zu versetzen, genaue Urkundenvorlageanträge stellen zu können. Die offenlegende Partei kann sich jedoch auch gleich für eine sofortige Vorlage entscheiden, vor allem bei kleineren Mengen von relevanten Urkunden. Anders verhält es sich nur mit den in Absätzen (C) und (D) von Rule 26(a) F.R.C.P. genannten speziellen Dokumenten, die nicht nur aufgelistet, sondern grundsätzlich sofort vorgelegt werden müssen. Dazu gehören Schadensberechnungen, die Schadenshöhe belegende Dokumente und Versicherungspolicen.⁶¹

Diese allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht beschränkt sich nicht auf die Anfangsphase des Verfahrens. Die neue Rule 26(e) F.R.C.P. perpetuiert sie gewissermaßen für die ganze Dauer der Vorverhandlungsphase, indem sie statuiert, dass die Parteien einander über neu auftauchende Beweismittel auf dem Laufenden halten müssen und ihre initial disclosures ständig ergänzen und auf dem neuesten Stand halten müssen.⁶² Ferner wird in dieser zweiten Phase der Sachverhaltsermittlung bereits auch das Gericht im Rahmen der Pre-Trial Conference nach Rule 16 F.R.C.P. eingebunden. Die initial disclosures laufen dagegen stets nur zwischen den Parteien, grundsätzlich ohne Beteiligung des Gerichts.

Die dritte, abschließende „Welle“⁶³ der Beweismittelfoffenbarung stellt schließlich sicher, dass in der Verhandlung keine Partei durch unbekannte Beweismittel überrascht wird. Nach der neuen Rule 26(a) (3) müssen die Parteien spätestens 30 Tage vor dem Verhandlungstermin⁶⁴ sämtliche Beweismittel exakt benennen, die sie in die Verhandlung einführen möchten. Nicht benannte Beweismittel bleiben in der Verhandlung – von entschuldigenden Ausnahmefällen und vom Gebrauchmachen von begründeten Weigerungsrechten abgesehen – präkludiert.⁶⁵

⁶⁰ *Advisory Committee's Notes*, 463.

⁶¹ *Advisory Committee's Notes*, 463.

⁶² Rule 26(e) F.R.C.P.: “A party who has made a disclosure under subdivision (a) or responded to a request for discovery with a disclosure or response is under a duty to supplement or correct the disclosure or response to include information thereafter acquired ...”

⁶³ *Kane*, Civil Procedure, §3-22. (“... three waves of disclosure...”).

⁶⁴ “Unless otherwise directed by the court, these disclosures must be made at least 30 days before trial.”

⁶⁵ Der sich auf die Urkunden beziehende Unterabsatz (C) der Rule 26(a) (3) on “Pretrial Disclosures” lautet: In addition to the disclosures required by Rule 26(a)(1) and (2), a party must provide to other parties and promptly file with the court the following information regarding the evidence that it may present at trial other than solely for impeachment (C) an appropriate identification of each document or other exhibit, including summaries of other evidence, separately identifying those which the party expects to offer and those which the party may offer if the need arises.”

Besondere Beachtung verdient der Halbsatz in Rule 26(a) (1): „...alleged with particularity in the pleadings.“ Dieser sollte nämlich nach dem Willen der Reformer die Abkehr von der ausufernden Ausforschungspraxis in den USA einleiten. Von der initial disclosure Pflicht sind danach nur Dokumente erfasst, auf die mindestens eine Partei in ihrem Schriftsatz (Klage oder Klageerwidern oder spätere Ergänzung) Bezug genommen hat. Wenn man die Argumentation der Advisory Committee in Betracht zieht, kann man die neue Vorschrift nicht anders als „eine Art Substantiierungsgebot“⁶⁶ interpretieren.⁶⁷ Dadurch, dass die automatisch eintretende Offenbarungspflicht an die Erwähnung von Beweismitteln in den Schriftsätzen als Bedingung gebunden ist, sollen die Parteien – ungeachtet des den F.R.C.P. immer noch zugrunde liegenden Prinzips der notice pleading – zu substantiierten und spezifizierten Vorbringen angespornt werden. Im deutschen Schrifttum ist dies wiederholt zu Recht als Annäherung an das kontinentale und deutsche System gewertet worden.⁶⁸

Über die automatische Aufklärung hinaus bleiben auch die traditionellen discovery-Methoden erhalten. Die F.R.C.P. bezeichnen sie jetzt als „Methods to Discover Additional Matter.“ Unter ihnen steht den Parteien auch weiterhin die „production of documents“ zur Verfügung, mit der sie weitere Urkunden vom Gegner anfordern können. Anders als bei den depositions und bei den interrogatories hat die Reform die Zahl der Dokumente, deren Vorlage beantragt werden kann, nicht beschränkt. Deshalb und wegen der hier fehlenden Bedingung des vorausgehenden spezifizierten Vorbringens bleibt diese discovery-Methode weiterhin ein Mittel, das ausforschende Beweisfischzüge, die mit dem Streitgegenstand nur lose zusammenhängen, ermöglicht. Die einzige Beschränkung gilt für die production of documents – wie für alle sonstigen discovery-Methoden auch – in zeitlicher Hinsicht: Die initial disclosures gemäß Rule 26(a) F.R.C.P. sind ihr vorgeschaltet. Die traditionellen discovery-Methoden dürfen erst nach den initial disclosures eingesetzt werden, wovon sich die Reformer deren Überflüssigwerden erhoffen.

3. Vorlage durch Dritte

Amerikanischen Verfahrensrechtsvorstellungen gemäß kann Dritten eine weitgehende Mitwirkung an fremden Prozessen zugemutet werden. Ihre beweis-

⁶⁶ So bereits *Rißmann*, in: Schlosser, Die Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 137, 200. Vgl. auch *Hazard/Tait/Fletcher*, S. 934.

⁶⁷ *Advisory Committee's Notes*, 463: „Broad, vague, and conclusory allegations sometimes tolerated in notice pleading ... should not impose upon responding parties the obligation at that point to search for and identify ... all documents... The greater the specificity and clarity of the allegations in the pleadings, the more complete should be the listing of potential witnesses and types of documentary evidence.“

⁶⁸ Vgl. *Reimann*, IPRax 1994, 152, 156; *Junker*, ZZPInt 1 (1996), 235, 243; *Rempp/Lienemeyer*, ZVglRWiss 94 (1995), 383, 401.

rechtliche Stellung erinnert an die von Parteien selbst.⁶⁹ Seit die Federal Rules in Kraft getreten sind, war die Hinzuziehung Dritter weitaus einfacher als in kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen. Zwar betreffen die eben behandelten Vorschriften in Rule 26 F.R.C.P. nur die Pflichten von Parteien und es ist nirgends die Rede von „non-parties“. Jedoch gibt es ein Verfahrensrechtsinstitut im amerikanischen Bundesprozessrecht, das gerade die Verpflichtung Dritter zur Urkundenvorlage ermöglicht. Es handelt sich dabei um die *subpoena duces tecum*⁷⁰ in Federal Rule 45. Dies ist die einzige Methode, am Verfahren nicht beteiligte Personen zur Dokumentenvorlage zu zwingen. Die Vorschrift spricht von „any person“ bei den Normadressaten. Die Stellung der im Wege einer subpoena geladenen Dritten unterscheidet sich von der der Parteien nur durch einen weitergehenden Schutz ihrer Persönlichkeitssphäre und etwas weitergehende Weigerungsrechte etwa hinsichtlich Geschäftsgeheimnisse.⁷¹ Sonst haben Dritte die Pflicht, der subpoena duces tecum in der Weise zu entsprechen, dass sie die verlangten Urkunden gut identifizierbar und sogar entsprechend den Kategorien im Antrag geordnet vorlegen. Sie müssen sich insgesamt nach den Bedürfnissen des Beweisführers richten.

4. „Privileges“

Ein grundsätzlicher Unterschied der amerikanischen Rechtswirklichkeit zu kontinentaleuropäischen Regelungen besteht darin, dass amerikanische Anwälte und Richter die Weigerungsrechte in erster Linie nicht als Schutzmechanismen zugunsten der Beweispersonen betrachten, sondern vornehmlich als Methoden zur Verhinderung der Erforschung der materiellen Wahrheit empfinden.⁷² Eine gewisse allgemeine Abneigung gegenüber Weigerungsrechten ist im amerikanischen Recht nicht zu verkennen. Wie sich im Laufe der vorhergehenden Untersuchungen gezeigt worden ist, bietet das Relevanzkriterium im amerikanischen Recht keinen Schutz der Beweispersonen, da der Begriff der Relevanz unwahrscheinlich weit ausgelegt wird.⁷³ Nach langer Diskussion ist jetzt sogar auch die Existenz eines Versicherungsschutzes erforschbar, dessen Relevanz für die Entscheidung nur schwer einleuchtet – zumal er wegen der Gefahr der Beeinflussung der jury in die Verhandlung nicht eingeführt werden

⁶⁹ So auch Junker, Discovery, S. 171.

⁷⁰ „Ladung zwecks Vorlage.“ Die andere Art (*subpoena ad testificandum*) ermöglicht die Vernehmung von Dritten. Dritte, die im Wege der subpoena duces tecum geladen worden sind, brauchen sich nicht vernehmen zu lassen.

⁷¹ Dazu sogleich unten. Vgl. 45(c) F.R.C.P.. Zum Ganzen: 8 Wright & Miller, § 2456.

⁷² So Stürner, FS Stiefel, S. 763, 780 f.

⁷³ Vgl. Rule 26(b) (1) F.R.C.P.: „Parties may obtain discovery regarding any matter, not privileged, which is relevant to the subject matter involved in the pending action... The information sought need not be admissible at the trial if the information sought appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence.“

darf.⁷⁴ Es gibt daher nur zwei Möglichkeiten, derer sich die Beweisperson bedienen kann. Entweder steht ihr eines der äußerst wenigen bereits etablierten Weigerungsrechte (*legal privileges*⁷⁵) zur Seite, oder sie muss dem richterlichen Ermessen die Entscheidung darüber überlassen, ob im betreffenden Fall ein discovery-Begehren des Gegners zu versagen und ein *protective order* zu erlassen ist. Ein protective order kann im Fall des Bestehens eines Weigerungsrechtes ergehen, theoretisch aber auch dann, wenn das Gericht im individuellen Fall dies für notwendig erachtet, was praktisch die Herausbildung eines „common law of privileges“ nach sich zieht.

Dass die Weigerungsrechte dem common law zu entnehmen sind, folgt aus einer Vorschrift der Federal Rules of Evidence⁷⁶:

“...the privilege of a witness, person, government, State, or political subdivision thereof shall be governed by the principles of the common law as they may be interpreted by the courts of the United States in the light of reason and experience...”⁷⁷

Diese Vorschrift entstand bezeichnenderweise, nachdem der US Congress den Entwurf über die Kodifizierung von privileges verworfen hatte und – dem Wesen des common law wohl eher entsprechend – lieber diese Klausel in die Federal Rules of Evidence eingefügt und damit zugleich die Möglichkeit der freien Entwicklung von Weigerungsrechten aufrechterhalten hatte.⁷⁸ Das einschlägige Fallrecht ist kaum überschaubar. Hier sollen nur die wichtigsten Fallgestaltungen angesprochen werden.

Eines der wichtigsten common law Weigerungsrechte ist das sogenannte Anwaltsgeheimnis (*privilege of attorney-client communications*): Hierdurch wird der Mandant davor geschützt, persönliche, sich auf den Streitgegenstand beziehende Gespräche mit seinem Anwalt inhaltlich offenlegen zu müssen. Sonst könnte der Gegner auch an intern geäußerte Rechtsansichten des Anwalts und verfahrenstaktische Überlegungen herankommen. Eine wichtige Abgrenzungsfrage hat der Supreme Court in einem 1981 entschiedenen Fall beantwortet: Bloß dadurch, dass Tatsachen in einem Gespräch mit dem Anwalt angesprochen werden, sind sie nicht privilegiert, sonst könnte man ja generell der Of-

⁷⁴ Vgl. Rule 26(a) (1) (D) F.R.C.P. i.V.m. Rule 411 Fed.R.Evid.

⁷⁵ Vgl. den Halbsatz “... not privileged ...” in Rule 26(b) (1) F.R.C.P.

⁷⁶ Die Fed.R.Evid. sind zwar auf die Verhandlung zugeschnitten und anwendbar und nicht auf die discovery der Vorverhandlungsphase. Sie erklären sich jedoch gerade hinsichtlich der Weigerungsrechte für allgemein, d.h. für alle Verfahrensstadien anwendbar. Vgl. Rule 1101(c) Fed.R.Evid.: „The rule with respect to privileges applies at all stages of all actions, cases, and proceedings.”

⁷⁷ Rule 501 Fed.R.Evid. Vgl. zum kollisionsrechtlichen Aspekt der Norm *Junker*, Discovery, S. 124 f.

⁷⁸ Vgl. *Mosk/Ginsburg*, 50 ICLQ 345, 348 (2001).

fenbarungspflicht durch Behauptung von allumfassenden Gesprächen mit dem Anwalt entgegen. Nur der Kommunikationsprozess und die dort geäußerten Ansichten sind geschützt, nicht aber die Tatsachen selbst, von denen der discovery-Antragsgegner unabhängig von der Kommunikation Kenntnis hat.⁷⁹ Es gilt der Grundsatz:

“... The client cannot be compelled to answer the question, ‘What did you say or write to the attorney?’ but may not refuse to disclose any relevant fact within his knowledge merely because he incorporated a statement of such fact into his communication to his attorney.”⁸⁰

Wichtig ist ferner die genaue Abgrenzung dieses Weigerungsrechtes vom demnächst anzusprechenden work-product privilege. Das privilege of attorney-client communication schützt nur den Mandanten (nicht den Anwalt) und duldet keine Ausnahme.⁸¹

Eine Folge der äußerst liberalen discovery-Regeln ist die bereits kurz nach Inkrafttreten der Federal Rules notwendig gewordene Fragestellung, inwieweit sich eine Partei bzw. ihr Anwalt die Prozessvorbereitung des gegnerischen Anwalts zunutze machen darf. Unter Rule 26(a) F.R.C.P. ließe sich ja durchaus die Ausforschung der Ergebnisse der gegnerischen Prozessvorbereitung vertreten. So könnte die gesamte Vorbereitungsarbeit auf den Gegner abgewälzt werden. Hiergegen entwickelte die Rechtsprechung die sogenannte *work product rule*, die besagt, dass die Prozessakten, Notizen sowie mentale Eindrücke des Anwalts, die in Vorbereitung des Verfahrens entstanden sind, von der discovery ausgenommen sind.⁸² Dieses privilege war dem Supreme Court sogar so wichtig erschienen, dass er sich im Jahre 1970 zu einer „Kodifizierung“ desselben entschloss. Unter Bezugnahme auf die voraufgehende Entscheidung in *Hickman v. Taylor* wird die einschlägige Rule 26(b) (3) zuweilen auch die „Hickman-Rule“ genannt.⁸³ Im Unterschied zum *attorney-client privilege* bildet

⁷⁹ *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383 (1981): “Application of the attorney-client privilege to communications such as those involved here, however, puts the adversary in no worse position than if the communication had never taken place. The privilege only protects disclosure of communications; it does not protect disclosure of the underlying facts by those who communicated with the attorney.” Vgl. auch den Vorgänger von *Upjohn*, wo die Anwendbarkeit von privileges bei juristischen Personen als clients statuiert wurde: *United States v. Louisville & Nashville Railroad Co.*, 236 U.S. 318, 336.

⁸⁰ *Philadelphia v. Westinghouse Electric Corp.*, 205 F.Supp. 830, 831 (ED Pa. 1962).

⁸¹ So *Kane*, Civil Procedure, §3-31.

⁸² *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947): “...whether any of those devices may be used to inquire into the materials collected by an adverse party’s counsel in the course of preparation for possible litigation. ... Not even the most liberal of discovery theories can justify unwarranted inquiries into the files and the mental impressions of an attorney.”

⁸³ Die “Hickman-Rule”: “Subject to the provisions of subdivision (b)(4) of this rule, a party may obtain discovery of documents and tangible things otherwise discoverable under subdivision (b)(1) of this rule and prepared in anticipation of litigation or for trial by or for another

jedoch die work-product rule keine absolute Hürde. Wie in der zitierten Vorschrift, so in den einschlägigen Entscheidungen wird immer wieder die Formel bemüht: work product sei ausnahmsweise zu offenbaren, wenn der Antragsgegenstand entscheidungserheblich ist und der Antragsteller an die Information anders nicht herankommen kann.⁸⁴

Über die beiden zentralen eben behandelten Privilegien hinaus kennt das common law noch eine Handvoll Gründe, die der discovery Grenzen setzen, allerdings eher in speziellen Zivilsachen, und nicht in aus unserer Sicht wichtigen Wirtschaftsprozessen Bedeutung erlangen. Deswegen nur eine kurze, unvollständige Aufzählung hier: Die mit dem Privatleben zusammenhängende Fragen („*privacy limitation*“)⁸⁵, die sogenannten „*third party privileges*“, durch die Drittinteressen in der discovery beachtet werden, obwohl der Dritte nicht am Verfahren beteiligt ist.⁸⁶

In einer ganzen Reihe von Fällen hat die Rechtsprechung umgekehrt die Statuierung eines privilege abgelehnt.⁸⁷

Schließlich gibt es eine Ausnahme⁸⁸ von der Regel, die privileges seien dem common law zu entnehmen. Die Verfassung der Vereinigten Staaten selbst enthält nämlich die Vorschrift, niemand müsse sich in einem Strafverfahren

party or by or for that other party's representative (including the other party's attorney, consultant, surety, indemnitor, insurer, or agent) only upon a showing that the party seeking discovery has substantial need of the materials in the preparation of the party's case and that the party is unable without undue hardship to obtain the substantial equivalent of the materials by other means. In ordering discovery of such materials when the required showing has been made, the court shall protect against disclosure of the mental impressions, conclusions, opinions, or legal theories of an attorney or other representative of a party concerning the litigation.“

⁸⁴ Vgl. aus der Rspr. z.B. *Shelton v. American Motors Corp.*, 805 F.2d 1323 (8th Cir. 1986) und *Berkey Photo Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 74 F.R.D. 613 (S.D.N.Y. 1977) und dazu vgl. die Ausführungen von *Junker*, Discovery, S. 112 f.

⁸⁵ Z.B. „Sexual history, habits and practices.“ Vgl. *Vinson v. Superior Court*, 43 Cal.3d 833 (1987).

⁸⁶ *Valley Bank of Nevada v. Superior Court*, 15 Cal.3d 652 (1975): Bankgeheimnis im Interesse der am Verfahren nicht beteiligten Bankkunden. S. die weitere Aufzählung bei *Hazard/Tait/Fletcher*, S. 986.

⁸⁷ Für ein besonders spektakuläres Beispiel vgl. *Herbert v. Lando*, 441 U.S. 153 (1979): *no privilege of state of mind of editor/editorial process in libel cases*. Test: „...with knowledge that it (the fact) was or with reckless disregard of whether it was false or not.“ Und wegen diesem Test Ergebnis für uneingeschränkte discovery/Versagung der Gewährung eines privilege: „... it is plain enough that the suggested privilege for the editorial process would constitute a substantial interference with the ability of a defamation plaintiff to establish the ingredients of malice as required by *New York Times*.“ Vgl. *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 280 (1964); ähnlich *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130 (1967) und *Amant v. Thompson*, 390 U.S. 727 (1968).

⁸⁸ Solche lässt der Wortlaut von Rule 501 Fed.R.Evid. selbst zu: „Except as otherwise required by the Constitution...“

selbst belasten.⁸⁹ Dieses *privilege against self-incrimination* erlangt in unserem Kontext deswegen besondere Bedeutung, weil es nach amerikanischem Recht nur nach seinem Wortlaut auf Strafverfahren beschränkt ist. In Wirklichkeit kommt es in einem beträchtlichen Teil der Zivil- und Handelssachen zur Anwendung, weil die Sanktionen in vielen einschlägigen amerikanischen Gesetzen strafbewährt sind und es so zu einer strafrechtlich relevanten Selbstbeziehung durchaus auch in Zivilprozessen kommen kann.⁹⁰

5. Schutzmaßnahmen

Mit der einzigen Ausnahme der physischen und psychischen Untersuchung⁹¹ laufen sämtliche discovery-Methoden zunächst ohne Anordnung des Gerichts ausschließlich im Parteibetrieb. Daher gibt es eine eigene Logik der Schutzmechanismen, die die Beweispersonen in Anspruch nehmen können. Sie können zunächst einfach einem gegen sie gerichteten Urkundenvorlagebegehren nicht entsprechen, indem sie dem Gegner eine Absage erteilen (*objection*). Der Gegner gibt sich hiermit entweder zufrieden oder beantragt die gerichtliche Erzwingung der betreffenden discovery-Maßnahme (*motion to compel*)⁹². In der Regel wird der Antragsgegner dies abwarten und widersprechen, sein Widerspruch gilt zugleich als Antrag auf gerichtliche Schutzanordnung (*protective order*)⁹³. Die F.R.C.P. gehen denn auch davon aus, dass das Gericht anlässlich der Versagung eines Antrags auf discovery-Erzwingung zugleich eine Schutzanordnung trifft.⁹⁴ Selbstverständlich ist die Partei oder der Dritte nicht daran gehindert, auf ein discovery-Begehren gleich mit einem Antrag auf Schutzanordnung nach Rule 26(c) F.R.C.P. zu reagieren, nur ist es aus Kostengründen und wegen der oben beschriebenen einfacheren Methode zumeist sinnlos.

Wie im Unterabschnitt über die Weigerungsrechte gezeigt worden ist, kennt das amerikanische Recht nur sehr wenige „privileges“, auf die sich Beweispersonen berufen können. Unter anderem wird das Geschäftsgeheimnis entgegen dem deutschen Recht nicht als Weigerungsrecht anerkannt. Deswegen und wegen der lockeren Relevanzanforderungen muss es aber noch Möglichkeiten geben, unverhältnismäßigen und belastenden Ausforschungen zu begegnen.

⁸⁹ Amendment V. to the Constitution: “(No person) ... shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself...”

⁹⁰ So z.B. auf den Gebieten des antitrust law, consumer protection etc. Vgl. für ein besonders interessantes Beispiel *Rio Tinto Zinc Corporation v. Westinghouse Electric Corp.*, [1978] 1 All ER 434, wo eine Gesellschaft sich der Verhängung eines Bußgeldes wegen Verstoßes gegen europäische Wettbewerbsvorschriften ausgesetzt gesehen hätte, wäre es zur beantragten discovery gekommen.

⁹¹ Rule 35(a) F.R.C.P.

⁹² Rule 37(a) F.R.C.P.

⁹³ Rule 26(c) F.R.C.P.

⁹⁴ Rule 26(c) i.V.m. Rule 37(a)(4) (B) F.R.C.P.

Hierfür sehen die F.R.C.P. zusätzlich eine Anzahl von dem richterlichen Ermessen überlassenen Schutzanordnungsmöglichkeiten vor, die die Partei oder Dritte vor der Gegenseite⁹⁵ schützen sollen. (Eines Schutzes von Geheimhaltungsinteressen vor der Öffentlichkeit bedarf es im US-amerikanischen Recht schon allein deshalb nicht, weil die *pre-trial* discovery praktisch ausschließlich in den Räumlichkeiten von Anwaltskanzleien stattfindet). Dem richterlichen Ermessen bietet Rule 26(c) F.R.C.P. Orientierung und gibt eine lange Reihe von möglichen Schutzanordnungen an. Danach kann das Gericht eine discovery völlig untersagen, an gewisse zeitliche und räumliche Beschränkungen knüpfen oder den Gegenstand der Erforschung auf gewisse Gegenstände und Unterlagen beschränken. Auch kann bestimmt werden, dass während der Offenbarung von Beweisgegenständen nur bestimmte Personen anwesend sein dürfen. Aus der Sicht des Unternehmensgeheimnisses besonders wichtig ist die Möglichkeit der Anordnung der sogenannten *sealed discovery*. Danach sind gewisse Tatsachen nur in verschlossenem Umschlag mitzuteilen, der nur auf Gerichtsbeschluss hin geöffnet werden darf. Es können auch andere Mitteilungsmethoden bestimmt werden, die sicherstellen, dass die Kenntnisnahme vom Inhalt laufend gerichtlicher Kontrolle unterworfen ist.⁹⁶

⁹⁵ Eines Schutzes von Geheimhaltungsinteressen vor der Öffentlichkeit bedarf es im US-amerikanischen Recht schon deshalb nicht, weil die *pre-trial* discovery praktisch ausschließlich in den Räumlichkeiten von Anwaltskanzleien stattfindet.

⁹⁶ Die möglichen Schutzanordnungen sind in Rule 26(c) F.R.C.P. wie folgt aufgezählt:
 „Upon motion by a party or by the person from whom discovery is sought, accompanied by a certification that the movant has in good faith conferred or attempted to confer with other affected parties in an effort to resolve the dispute without court action, and for good cause shown, the court in which the action is pending or alternatively, on matters relating to a deposition, the court in the district where the deposition is to be taken may make any order which justice requires to protect a party or person from annoyance, embarrassment, oppression, or undue burden or expense, including one or more of the following:
 (1) that the disclosure or discovery not be had;
 (2) that the disclosure or discovery may be had only on specified terms and conditions, including a designation of the time or place;
 (3) that the discovery may be had only by a method of discovery other than that selected by the party seeking discovery;
 (4) that certain matters not be inquired into, or that the scope of the disclosure or discovery be limited to certain matters;
 (5) that discovery be conducted with no one present except persons designated by the court;
 (6) that a deposition, after being sealed, be opened only by order of the court;
 (7) that a trade secret or other confidential research, development, or commercial information not be revealed or be revealed only in a designated way; and
 (8) that the parties simultaneously file specified documents or information enclosed in sealed envelopes to be opened as directed by the court. If the motion for a protective order is denied in whole or in part, the court may, on such terms and conditions as are just, order that any party or other person provide or permit discovery. The provisions of Rule 37(a)(4) apply to the award of expenses incurred in relation to the motion.“

RESÜMEE

Urkundenvorlage aus rechtsvergleichender Sicht

ISTVÁN VARGA

Sowohl in der deutschen als auch in der US-amerikanischen Rechtsordnung hat vor einiger Zeit ein Reform des Urkundenbeweises stattgefunden: 2001 mit der ZPO-Novelle in Deutschland, und 1993 in den Vereinigten Staaten. Der Verfasser stellt uns die Regelung der Urkundenvorlage in beiden Rechtsordnungen vor, um zu zeigen wie sich die beiden Rechtssysteme durch die Reformen angenähert haben. Im deutschen Recht ist das durch die Bevorzugung einer großzügigeren Lösung im Gegensatz zu der früheren traditionell materiellrechtlichen Ausgestaltung der Editionsspflicht geschehen. Im Sinne dieser Lösung kann die nicht beweisbelastete Partei auch dann zur Urkundenvorlage angehalten werden, wenn sie hierzu durch keinen materiellrechtlichen Anspruch verpflichtet ist. Der US-amerikanische Reformgesetzgeber hat eine Annäherung an die kontinentaleuropäischen Rechtsvorstellungen durch den Versuch der Zurückdrängung der früher typischen unspezifizierten Vorlagebegehren erstrebt (derzeit „methods to discover additional matter“). Trotz der geschilderten Annäherung bleiben allerdings die wesentypischen Unterschiede zwischen common law und civil law Beweismittelvorlage weitgehend erhalten.

SUMMARY

Production of Documents from a Comparative Perspective

ISTVÁN VARGA

Both in the German and in the US legal system a reform concerning the production of documents has taken place: 2001 in Germany through the amendment of the German Law on Civil Procedure (ZPO) and 1993 in the US. The author presents the rules on the production of documents in both legal systems aiming to show how they converged as a result of the reforms. German law realizes this approximation through the preference of a more generous solution as opposed to the former traditional substantive law-based approach of the

German document production, meaning that the party being under no obligation to produce evidence can still be urged to produce certain documents, even in absence of a substantive law obligation. In turn, the US-legislator tried reaching an approximation to the continental perception of document production through the attempt to repress the former typical unspecified document production requests (presently: methods to discover additional matter). In spite of the approximation the characteristic differences between common law and civil law evidence production are still widely maintained.

